

Recht „als eine Antwort auf das Entstehen der totalitären Ideologien unserer Zeit, die für alle demokratischen Verfassungsstaaten schwierigste Staatsschutzprobleme mit sich bringen“ (S. 25). Aber es ist kein Patentrezept. Obwohl B. anerkennt, daß man den demokratischen Selbstbehauptungswillen nicht verordnen kann, will er mit Hilfe von Art. 79 Abs. 3 GG eine demokratische Tradition aufbauen, „die den freiheitlichen Staat der Bundesrepublik krisenfest macht“ (S. 257). Hier tut er vielleicht zuviel des Guten.

Das Thema dürfte in den nächsten Jahren nicht von der Tagesordnung verschwinden. Das gilt für die staatsrechtliche wie für die politikwissenschaftliche Diskussion. Zum Teil kann die Forschung auf B. zurückgreifen, zum Teil wird sie darüber hinausgehen müssen, etwa bei der demokratietheoretischen Problematik, aber auch im Hinblick auf verschiedene staatsrechtliche Aspekte. Beispielsweise werden Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nirgendwo analysiert.

*Eckhard Jesse*

*Volkmär Götz, Hans Hugo Klein, Christian Starck* (Hg.): Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle. Göttinger Symposion. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1985. VIII, 392 S., DM 80.–.

Über Fragen der fortdauernden Vitalität und Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung nachzudenken, hat in Göttingen eine besondere Tradition. Erinnert sei nur an *Arnold Köttingen*, der sich bis in die sechziger Jahre hinein immer wieder mit Idee und Problematik der „Eigenständigkeit“ der Verwaltung im demokratischen Staatsgefüge beschäftigt hat, dies gerade auch im Hinblick auf den Wandel der Verwaltungsaufgaben im wohlfahrtsstaatlichen Milieu. Etwas von jener verwaltungszentrierten Tradition mag auch noch auf der Göttinger Staatsrechtslehrertagung 1984 zu spüren gewesen sein, wenngleich die dortigen Beratungen über einen „Verwaltungsvorbehalt“ wohl nicht recht gezündet und weiter keine bemerkenswerten neuen Impulse ausgelöst haben. Wenig später hat dann ein kleineres und anders zusammengesetztes, um einige Politiker, Beamte und Richter ergänztes Expertenforum die Thematik an Ort und Stelle noch einmal aufgegriffen. Anzuzeigen ist die Dokumentation des Göttinger Symposions 1985, das im Zusammenwirken von Staat und Universität geplant und von der Niedersächsischen Landesregierung gefördert worden ist.

Machen sich hier „verwaltungsstaatliche“ Nostalgien bemerkbar? Regt sich im Lande so etwas wie ein administratives Ungenügen an sich selbst? Zeigen sich beachtliche äußere Bedrängnisse und innere Unsicherheiten? Gibt es ein reales Standortproblem der zweiten Gewalt? In der Tat drückt sich schon im Titel der Schrift wieder das altbekannte positionale Dilemma aus: Die Verwaltung „zwischen“ den beiden anderen Staatsgewalten, von ihnen flankiert und gewissermaßen umstellt und immer noch auf der Suche nach der „eigenen geistigen Plattform“, nach dem „eigenen Stand gegenüber Gesetzgebung und Rechtsprechung“ (vgl. *Lottermoser*, S. 265, 267).

Im dreiteiligen Aufbau des Buchs spiegelt sich das herkömmliche Gewaltenteilungsschema wider, das hier vom Blickpunkt der Verwaltung aus angesehen wird. Letztere wird als zunehmend beengt und „eingepreßt“ erachtet, sie soll in der Defensive sein und sich in einem „Zweifrontenkrieg“ befinden (vgl. Rezension *Sendler*, NJW 1986, S. 1084). Daraus erwächst ein Bemühen um Abhilfe, welches sich zunächst nach außen richtet; es äußert sich in limitierenden und korrigierenden Bestrebungen im Hinblick auf wahrgenommene Übergriffe von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Der erste Teil (S. 9 ff.) gilt einer entsprechenden Distanzierung und Umorientierung der verwaltungsrechtlichen Rechtssetzung, insbesondere der förmlichen Gesetzgebung. Der zweite Teil (S. 131 ff.) wendet sich in ähnlichem Sinn der verwaltungsgerichtlichen Jurisdiktion zu. Im dritten Teil (S. 257 ff.) steht dann die Verwaltung selbst im Mittelpunkt: Wie sollte sie die ggf. zurückgewonnenen Spielräume ausfüllen? Welche Änderungen von Aufgabenverteilung, Organisation und Verfahren wären nötig, um zu einer „Beschleunigung und Verbesserung“ ihrer Entscheidungen zu gelangen?

Zu letzterem Punkt kommen Verwaltungspraxis (*Lottermoser*) und Verwaltungswissenschaft (*Siedentopf*) ausführlich zu Wort, während sonst die Rechtswissenschaft dominiert. In den Hauptreferaten des ersten und zweiten Teils (*Ossenbühl/Papier*, *Püttner/Kopp*) und in den jeweiligen Nachworten der Herausgeber walten rechtsdogmatische und rechtspolitische Ansätze vor. Die Bandbreite der Positionen und Stimmen wird vergrößert durch drei Referate ausländischer Gäste (*Currie*, *Kaufmann*, *Dunsire*), ferner durch zahlreiche instruktive Diskussionsbeiträge, auch aus dem verwaltungsgerichtlichen Alltag.

Dabei ist man sich in Diagnose und Therapie im näheren nicht ganz einig. Das hiesige Generalthema – Krise und Revitalisierung der öffentlichen Verwaltung – erweist sich alsbald als sehr diffizil und weitläufig. Gemeinsam scheint vielen Tagungsteilnehmern ein – sonst nicht überall anzutreffendes – grundsätzliches Unbehagen am status quo, eine mehr oder minder deutliche Skepsis angesichts einer Entwicklung, welche sich überschlägig als zunehmende Verrechtlichung („Vergesetzlichung“ bzw. „Vergerichtlichung“) des Verwaltungshandelns kennzeichnen läßt. Diesbezüglich ist man auf eine Kurskorrektur oder Kehrtwendung bedacht, wobei aber über Art und Umfang des erstrebten Wechsels unterschiedliche Ansichten bestehen. Aus den Beratungen resultiert keineswegs eine in sich schlüssige neue „herrschende Meinung“, eine einheitliche militante Linie, eine ausgefeilte Roll-back-Strategie. Das Buch ist eher zur Dokumentation einer schwelenden, richtungsmäßig noch recht vagen prinzipiellen Unzufriedenheit geworden. Es gilt der Bestandsaufnahme und Aufarbeitung von allerlei als bedenklich erachteten Zeiterscheinungen in Sachen des Rechtsstaats. Es stellt einen ergiebigen partiell-pluralistischen Fundus dar und kann damit zum Stimulus weiteren Nachdenkens werden.

Wie sich versteht, spielen dabei auch verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundsatzfragen eine erhebliche Rolle. Es ist u. a. auch die neuere Karlsruher Grundrechtsjudikatur, der hier häufig dysfunktionale, die Gewaltbalance beeinträchtigende Effekte zugeschrieben werden. Unter diesem

Blickwinkel geht es im ersten Teil um den Gesetzesvorbehalt und dessen Begrenzung zugunsten größerer administrativer Ermessens- bzw. Beurteilungsspielräume. Parallel dazu betrifft der zweite Teil Mittel und Wege zur Verringerung der Kontrolldichte gerichtlichen Rechtsschutzes. Insoweit wird die fortschreitende „Vergrundrechtlichung“ (Starck, S. 6) der Verwaltungspraxis als Ausgangspunkt der wahrgenommenen Krisensymptome ins Auge gefaßt und als fragwürdig empfunden, gerade auch angesichts der Tatsache, daß die traditionell-liberale Grundrechtsdogmatik von der Verfassungsrechtsprechung in einigem Umfang ergänzt und relativiert worden ist. Ferner werden Ausuferungen und Formlosigkeitstendenzen des Gesetzesvorbehalts im Zeichen der sog. Wesentlichkeitstheorie gerügt. Daraufhin liegt die Annahme nahe, alles dies habe zur Entfesselung der gegenwärtigen „Gesetzesflut“ und zu einem „Kontrollübermaß der Gerichte“ beigetragen (vgl. Starck, aaO). Bei näherem Hinsehen zeigt sich freilich, daß diese Sicht der Dinge doch wohl zu einfach ist und daß sich daraus noch keine überzeugenden Reformvorschläge herleiten lassen. Ein einleuchtendes revidiertes Gesamtkonzept der Gewaltenverflechtung kommt so nicht zustande. Vielmehr folgen daraus nur verschiedenartige mehr oder minder provisorische und disparate, schwerlich konsensfähige therapeutische Einzelempfehlungen. Es ergeben sich auch auffällige Inkonsistenzen und Widersprüche.

Vermehrte Verrechtlichung im Hinblick auf Grundrechtsrelevanz und „Wesentlichkeit“ für die Grundrechtsverwirklichung – das war in den siebziger Jahren, zuerst im Schulrecht, die Losung des Tages. Man erblickte insoweit ein dringendes Nachholbedürfnis. Wie kann es zugehen, daß das heute anders und umgekehrt sein soll? Wie erklären sich solche „Wellenbewegungen“ (Brohm, S. 86)? Dazu wird beiläufig angemerkt, „daß der Gesetzesvorbehalt von der politischen Lage abhängig ist“ (Ossenbühl, S. 91) und daß es dafür auch auf die besonderen Umstände in den jeweiligen Sachgebieten ankomme. Wenn in dem Buch über eine zu hohe Regelungs- und/oder Kontrolldichte Klage geführt wird, pflegt man dabei vor allem an industrielle Großanlagen, Kraftwerke, Flughäfen, Fernstraßen, städtebauliche Projekte u. ä. zu denken, ferner an das Hochschulzulassungswesen (wobei brauchbare empirische Unterlagen weithin fehlen). Mit solchem sektoralem Bezug werden dann weitreichende Umstellungen und Neuerungen ins Gespräch gebracht, etwa eine restriktive Handhabung der Kategorie des subjektiven öffentlichen Rechts auf dem Boden des sog. bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsmodells (vgl. Götz, S. 252 ff.), eine Umkehrung der Wesentlichkeitstheorie in Richtung auf Einschränkungen des Gesetzesvorbehalts und Stärkungen des Verwaltungsermessens (vgl. Klein, S. 81, 231), eine Beschränkung der Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG durch Verfassungsänderung (Püttner, S. 143, 222), die Einführung des Instituts der gesetzgeberischen authentischen Interpretation (von Hammerstein, S. 202), die Reduzierung der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle im Fall der administrativen Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, welche „Abwägungen, Prognosen oder Wertungen zum Inhalt haben“ (Helmrich, S. 227, betr. einen neuen § 114a VwGO). Dergleichen kann nun nicht etwa nur auf

einzelne derzeit umstrittene Materien wie die des Umweltrechts erstreckt werden (wo es m. E. auch schon fehl am Platze wäre), und es kann nicht ohne weiteres unter irgendwelchen politisch-situativen Gesichtspunkten verwirklicht werden. Es muß vielmehr auch zur allgemeinen Maxime taugen und in das bestehende Verfassungs- und Verwaltungsrechtssystem integrierbar sein. Unter letzterem Blickwinkel jedoch überwiegen auch in diesem Buch jeweils die Einwände und Bedenken.

Differenziertere Erwägungen und Vorschläge gehen von der Einsicht aus, daß es nicht ohne weiteres und in jedem Fall die wachsende Regelungsmasse als solche ist, die zu Funktionsdefiziten der Verwaltung führen kann. Denn dies ist nicht nur ein molares Problem. Folglich kann die Lösung nicht darin liegen, daß man kurzerhand und global auf Enthaltbarkeit dringt und von Regulierung auf Deregulierung umschwenkt. Das Steuerungsvermögen des Gesetzgebers kann gering sein, auch wenn die Gesetzblätter überborden; es kann andererseits beträchtlich sein, auch wenn es quantitativ maßvoll betätigt wird. Im übrigen wissen manche Gerichte – schon in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Einbindung des Verwaltungsrechts – auch anhand kurzer Gesetze und unbestimmter Gesetzesbegriffe zu einer beachtlichen Kontrolldichte zu gelangen. Gerade auch daran entzündet sich ja die in Göttingen artikulierte Kritik. Um die Dinge einmal von jenem Standpunkt aus anzusehen: Jene Kritik mag am ehesten konsequent und in sich schlüssig erscheinen, wenn sie darauf abzielt, die wohlfahrtsstaatliche Aktivierung von Grundrechten und Staatszielbestimmungen zurückzuschrauben, den Durchgriff der Fachgerichte auf das Grundgesetz tunlichst hintanzuhalten und bei der Anwendung des einfachen Rechts eine stärker positivistische Note zur Geltung zu bringen. Der Fachgesetzgeber seinerseits dürfte nicht zu viel, aber auch nicht zu wenig tun. Er müßte sich insoweit qualitativer Maßstäbe bedienen und vor allem solche Regelungen treffen, die unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenbalance strukturell wirksam wären.

Hierher gehören z. B. die in dem Buch vielfach begegnenden Ratschläge, wonach durch ausdrückliche und eindeutige materiellrechtliche Gesetzesbestimmungen in vermehrtem Umfang konkrete „gerichts feste“ administrative Beurteilungsspielräume geschaffen werden sollten. Organisations- und verfahrensrechtlich weiterentwickelt wird dieser Ansatz in den Überlegungen *Papiers* (S. 66 f.; zuletzt DÖV 1986, S. 621 [626 f.]) über eine gesetzliche Auslagerung und Übertragung der letztverbindlichen Beurteilung gewisser Entscheidungselemente im technischen Sicherheitsrecht auf „neutrale“ naturwissenschaftlich-technische Fachgremien. Derartige Konzepte bauen, wie es scheint, in erster Linie auf einen verwaltungsinternen bzw. verwaltungsnah institutionalisierten Sachverstand, von welchem ein gewisses Autonomiepotential erhofft wird. Damit wäre wieder der Bogen zu der eingangs erwähnten *Köttgenschen* Fragestellung geschlagen. Indessen bleibt auch insoweit einiges offen.

Ungeklärt erscheint insbesondere, wie sich das Sachverstands-Argument zu dem ebenfalls in diesem Zusammenhang anzutreffenden Argument der besonderen „Verantwortung“ der Exekutive (vgl. *Sendler*, NJW 1986, S. 1086 m. w. N.) verhält. Wenn geltend gemacht wird, diese Verantwortung sei politisch zu

tragen und könne vom „politisch unverantwortlichen“ Richter nicht übernommen werden (*Sendler*, aaO), so kommt damit endlich auch die Eingliederung der Verwaltung in das demokratisch-parlamentarische Regierungssystem ins Blickfeld. Wie die älteren „Eigenständigkeits“-Dispute zur Genüge gezeigt haben, ist nun in diesem System wenig Raum für eine relative Autonomie der Verwaltung kraft Amtsgedanke und Expertenqualifikation. Hier kann es auch zu Deformationen und Instrumentalisierungen behördlichen Sachverständnisses vermöge parteienstaatlich-politischer Mehrheitsentscheidung kommen. Im übrigen sind auch verwaltungsinterne Fehlerquellen in Rechnung zu stellen. Auch Expertenautorität und vermehrter Experteneinfluß sind nicht stets und per se, sozusagen unpolitisch-sachlogisch, gemeinwohldienlich und heilsam. Stärken und Schwächen des Sachverständnisses-Arguments und dessen alles in allem begrenzte Reichweite lassen sich gerade auch an Beispielen aus dem Umweltrecht aufzeigen. Über das künftige Verhältnis von Expertentätigkeit und politischer Entscheidung und Verantwortung müßte eingehend diskutiert werden. Dabei müßten auch die komplexen Probleme der „Politisierung der Verwaltung“ (vgl. *Brohm*, S. 86) in aller Breite einbezogen und aufgearbeitet werden. Das ist in dem Buch jedoch nicht der Fall.

Entsprechendes gilt für etwaige verselbständigte, z. B. im ministerialfreien Raum angesiedelte szientifische Entscheidungsgremien. Wie deren fachliche Integrität sichergestellt und wie der dabei oft inhärente Meinungsfaktor behandelt werden könnte, müßte erst noch näher dargelegt werden. Im übrigen stellen sich auch bei diesem Modell Fragen der politischen Legitimation und Verantwortung, nicht grundsätzlich anders als im Fall des „politischen Richters“ (vgl. *Lottermoser*, S. 273, nach *Wassermann*). Solche gerichtsähnlichen administrativen Zwittergebilde würden sich in beiden Richtungen – gegenüber Parlament/Regierung/Verwaltung wie auch gegenüber der Gerichtsbarkeit (Art. 19 Abs. 4 GG) – in einer sehr exponierten Lage befinden.

Das Göttinger Symposium hatte der Sache nach offenbar, sei es explizit oder implizit, großenteils wirtschafts- und umweltrechtliche Schwerpunkte. Insoweit betrifft es Orientierungsprobleme einer „aufgeschreckten Gesellschaft“, als einer Gesellschaft, „die den richtigen Weg zwischen Ökonomie und Ökologie noch zu finden hat“ (so *Reiner Schmidt*, Süddt. Zeitung Nr. 228 vom 4. 10. 1986, S. V). Dabei ist, wie das Buch deutlich werden läßt, auch das bisherige Verfassungs- und Verwaltungsrechtssystem involviert. Für den Göttinger verwaltungszentrierten Ansatz ist nun ein defensives Moment kennzeichnend, mit welchem man m. E. über kurz oder lang in eine Sackgasse geraten würde. Die Verwaltung kann sich nun einmal nicht gleichsam einigeln, auf kompetenzielle Bestandsicherungen und Bestandserweiterungen dringen – und unterdessen Fragen wie die nach ihrer eigenen geistigen Plattform, nach ihrem spezifischen Gewicht im Verfassungsstaat und nach ihrem wohlverstandenen politischen Mandat kurzerhand ausklammern und auf sich beruhen lassen. Angesichts der neuen elementaren Probleme wird man gehalten sein, auch von neuem und in aller Grundsätzlichkeit über das richtige Verhältnis der Verwaltung zu Volk, Parlament und Regierung nachzudenken, desgleichen über ihr Verhältnis zu den Verfas-

sungs- und Verwaltungsgerichten. Daß an der bisherigen Ordnung aber überhaupt etwas geändert werden müßte, ist durch die Göttinger Überlegungen noch nicht hinlänglich dargetan. Eventuell reichen die vorhandenen Instrumente und Verfahren zur Problembewältigung nach wie vor aus, oder es sind Neuerungen auf anderen Ebenen veranlaßt. Jedenfalls sollten kompetenzielle Eingriffe nicht als Ersatzlösung fungieren und damit zum bloßen Krisenmanagement dienen. Vor übereilten, situativ und ad hoc erfolgenden kompetenziellen Umschichtungen ist zu warnen. Dergleichen sollte nicht an die Stelle brauchbarer und konsensfähiger Lösungen in den strittigen umweltrechtlichen Sachfragen treten.

*Martin Stock*